UNGER

UBER DIE HAFTUNG DES STAATES FUR VERZUGS-
UND VERGUTUNGSZINSEN

1903

ÜBER DIE

HAFTUNG DES STAATES

FÜR

VERZUGS- UND VERGÜTUNGSZINSEN.

EIN BEITRAG

ZUM

ÖFFENTLICH-RECHTLICHEN VERMÖGENSRECHT

VON

JOSEPH UNGER.

(SEPARAT-ABDRUCK AUS DER VON HOFRAT PROF. GRÜNHUT HERAUSGEGEBENEN ZEITSCHRIFT FÜR DAS PRIVAT- UND ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART.)

WIEN 1903.

ALFRED HÖLDER,

K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,

I., ROTENTURMSTRASZE 13.

CARL VON STREMAYR

ZUM ACHTZIGSTEN GEBURTSTAGE

(30. OKTOBER 1903)

IN ALTER TREUER FREUNDSCHAFT.

Die Frage, ob der Staat als öffentlich-rechtlicher Schuldner Verzugszinsen erst vom Klagstage[1]) an oder schon vom Verfallstage der Schuld an zu zahlen habe, wird vom Reichsgericht bald in dem einen, bald in dem anderen Sinne entschieden.[2]) Die Frage, ob der mit einer öffentlich-rechtlichen *condictio* belangte Staat Zinsen erst vom Klagstage oder schon vom Tage des Empfanges der Nichtschuld an zu entrichten habe, wird sowohl vom Reichsgericht als vom Verwaltungsgerichtshof im Sinne des ersten Gliedes dieser Alternative[3]) entschieden.[4])

Als Gründe für die Entscheidung, daß der Kläger erst vom Klagstage an Zinsen zu fordern berechtigt sei, werden

---

[1]) Unter dem Klagstage (Klagserhebungstag) ist nicht der Tag der Anstellung, sondern der Tag der Zustellung der Klage zu verstehen. Unger Syst. Bd. 2 §. 128 Anm. 43. Hasenöhrl Österr. Obl. (2. Aufl.) Bd. 1 §. 20 Anm. 28. Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. Bd. 25 S. 134 fg.

[2]) Verzugszinsen erst vom Klagszustellungstag an: Hye-Hugelmann Samml. der Erkenntnisse des Reichsgerichtes: II Nr. 73. VI Nr. 240. VIII Nr. 378. 433. IX Nr. 532. 539. 562. 579. 582. XI Nr. 877. 927. 939. 941. XII Nr. 1040. Verzugszinsen bereits vom Verfallstage an: Samml. I Nr. 47. III Nr. 116. 118. 131. 132. IV Nr. 153. V Nr. 178. 196. VI Nr. 237. VII Nr. 319. VIII Nr. 486. IX Nr. 508. X Nr. 703. 704. 734. 739. 741. 742. 753. 756. 762. 763. 776. 831. XI Nr. 875. 908. 939. 952. 965. 966. XII Nr. 1071. — Das Schwanken der Rechtsprechung in diesem Punkte darf nicht befremden, da die Materie der Mora überhaupt eine schwierige ist, wie denn schon Celsus *(L. 91 §. 3 i. f. D. de V. O. 45 1)* gesagt hat: *in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose erratur.*

[3]) Vgl. Anm. 71. 72.

[4]) Es versteht sich von selbst, daß beide Fragen nur dann aufgeworfen werden können, wenn es an einer diesbezüglichen gesetzlichen Bestimmung fehlt.

angeführt: Mangel einer positiven gesetzlichen Vorschrift und Unzulässigkeit der Analogie aus dem Privatrecht.[5])

Die praktische Wichtigkeit, welche die Lösung dieser beiden Fragen immerhin hat, und das Interesse, welches dieselben auch in theoretischer Hinsicht bieten[6]), werden es wohl gerechtfertigt erscheinen lassen, wenn in den folgenden Zeilen eine etwas eingehendere Untersuchung darüber angestellt wird. Als das Resultat dieser Erörterung wird sich ergeben, daß dem Kläger nicht erst vom Klagstage an, sondern schon von einem früheren Zeitpunkt an Zinsen gebühren.[7])

I.

Die Frage, ob der Richter mangels einer positiven gesetzlichen Bestimmung befugt sei, Zinsen von einem früheren Zeitpunkte als dem Klagstage an zuzusprechen, ist zurückzuführen auf die höhere prinzipielle Frage nach der Aufgabe und Stellung des Richters überhaupt. Hat der Richter das Gesetz bloß anzuwenden, oder hat er auch die Pflicht und das Recht, im Fall einer mangelnden gesetzlichen Bestimmung aus eigener Machtvollkommenheit objektives Recht zu schaffen? Es kann nun keinem gegründeten Zweifel unterworfen sein, daß dem Richter eine solche rechtsschöpferische Macht zusteht.[8]) Wird dem Richter ein Rechtsfall vorgelegt,

---

[5]) Hye-Hugelmann Samml. X Nr. 806. 841. XII Nr. 1040. — Budwinski Samml. der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes VI Nr. 1450. XIX Nr. 8347. XXIII Nr. 13.028. 13.352. XXIV Nr. 14.991.

[6]) Vgl. die Bemerkung von Schey, Begriff und Wesen der *mora creditoris* S. 13 Anm. 5. — Wenn in den folgenden (freilich übermäßig angeschwollenen) Anmerkungen einige Fragen des gemeinen und des österr. Privatrechtes etwas ausführlicher besprochen werden, so mag dies darin seine Entschuldigung finden, daß zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht ein enger Zusammenhang stattfindet.

[7]) Natürlich wird hiebei vorausgesetzt, daß der Kläger Zinsen nicht erst vom Klagstage an fordert, da der Richter nicht *ultra petitum* gehen darf *(L. 18 D. comm. div. 10. 3),* §. 405 Z. P. O.

[8]) Vgl. die treffliche Abhandlung von O. Bülow, Gesetz- und Richteramt (1888) und neuestens (1901) dessen geist- und humorvolle Schrift: Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft S. 91 fg. 106 fg. Vgl. jetzt auch Jung, Von der „logischen Geschlossenheit“ des Rechts, in der Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dernburg, S. 131 fg. — Der sehr gelungene, höchst beachtenswerte Vorentwurf des schweizerischen Zivilgesetzbuches enthält in der Einleitung Art. 1 die lobenswerte Vorschrift, daß der Richter, wenn er aus

zu dessen Entscheidung es an einem Gesetz fehlt, so muß er denselben dennoch entscheiden[9]): „der Richter kann nicht

Gesetz, Gewohnheit und „bewährter Lehre und Überlieferung" das auf einen konkreten Rechtsfall anzuwendende Recht nicht gewinnen kann, „sein Urteil nach der Regel zu sprechen hat, die er als Gesetzgeber aufstellen würde". Vgl. hiezu die trefflichen Ausführungen in den „Erläuterungen zum Vorentwurf", S. 36. 37. Dieser Art. 1 bildet den abschließenden Gegensatz gegen das törichte Verbot freier wissenschaftlicher und richterlicher Tätigkeit durch Justinian und Friedrich den Großen. Über diesen von Prof. Eugen Huber in Bern (dem Verfasser des trefflichen vierbändigen Werkes: System und Geschichte des schweizer. Privatrechts) verfaßten Vorentwurf vergl. die Besprechungen von Laband und von Marcusen in der Deutschen Juristenzeitung, 1897, S. 132 fg. und ebenda 1901, S. 106 fg. Laband bemerkt mit Recht, daß „die Schweiz bald den Ruhm genießen wird, wenn nicht das beste, so jedenfalls eines der besten Zivilgesetzbücher zu besitzen. . . . . Was die Form des schweizerischen Entwurfes anlangt, so muß die außerordentlich übersichtliche Anordnung des Stoffes, die Klarheit, Einfachheit und Verständlichkeit der Sprache, die Kraft und Kürze der einzelnen Sätze besonders rühmend hervorgehoben werden. Er bietet dem Verständnis nicht entfernt die Schwierigkeiten wie das deutsche bürgerliche Gesetzbuch. . . . ." Speziell uns Österreichern wird das schlichte und gemeinverständliche schweizerische Zivilgesetzbuch (ungeachtet der Eigenartigkeit seiner Systematik und der Anfechtbarkeit einzelner Bestimmungen), wie schon jetzt das schweizerische Bundesgesetz des Obl. R., ungleich kongenialer sein als das zwar in hohem Grade achtungswerte, aber spröde, schwer faßliche deutsche Gesetzbuch, und bei einer Revision unseres bald hundertjährigen, für seine Zeit vorzüglichen Gesetzbuches ein treffliches Vorbild — natürlich unter voller Wahrung unserer geistigen Selbständigkeit — abgeben können. — Vgl. auch die eingehende, sehr beachtenswerte kritische Besprechung des Schweizer Entwurfes durch Max Rümelin in Schmollers Jahrb. Bd. 25 Heft 3 S. 37 fg. Heft 4 S. 333 fg. (seither auch im Sonderabdruck erschienen). Auch Rümelin beurteilt den Entwurf im ganzen überaus günstig und bemerkt (S. 41) insbesondere, daß „es kaum zu bestreiten sein wird, daß, wenn wir einen Vergleich zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuch ziehen, die weitaus größere Form- und Sprachgewandtheit auf Seite des Schweizer Gesetzgebers liegt", und daß insbesondere im Ehe- und Verwandtschaftsrecht „die besondere Begabung des (Schweizer) Gesetzgebers, die im Familienrecht so notwendigen, die ethische Grundauffassung wiedergebenden Leitsätze zu prägnantem und zugleich volkstümlichem Ausdrucke zu bringen, in rühmenswertester Weise hervortritt" (S. 60). Am Schlusse (Heft 4 S. 411) seiner, gelegentlich eine scharfe Kritik des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches enthaltenden Besprechung drückt Rümelin die Überzeugung aus, daß „die Schweiz, wenn das Gesetz auf der durch den Entwurf gebotenen Grundlage zustande kommen sollte, nicht blos eines der besten, sondern wohl das beste moderne Gesetzbuch haben wird". Ebenso günstig urteilt Barazetti, Der Vorentwurf zum 1. und 2. Teil des schweizer. Zivilgesetzbuchs (1898), insbes. S. 14 fg.

[9]) Der *Code civil* Art. 4 hat es sogar angezeigt gefunden, diese Pflicht des Richters ausdrücklich auszusprechen und sie unter Strafsanktion zu stellen. *Code pénal* Art. 185.

warten, bis ein neues Gesetz erlassen wird"[10]): er muß das Recht supplieren. Es ist somit seine Pflicht und sein Recht, selbsttätig eine neue Rechtsnorm aufzustellen und dieselbe auf den vorliegenden Fall anzuwenden.[11]) Er übt hiemit eine der Gesetzgebung ähnliche rechtsschöpferische Tätigkeit: er schafft für den konkreten Fall objektives Recht, richterliches Recht. Das Richterrecht unterscheidet sich vom Gesetzesrecht jedoch darin, daß es nur für den konkreten Fall gilt, während das Gesetz in allen gleichartigen Fällen zur Anwendung zu bringen ist: das Gesetz ist eine allgemeine Rechtsnorm, das Richterrecht ist eine individuelle Rechtsnorm. „Nicht das Gesetz. sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volke sein Recht."[12])

Diese rechtsschöpferische Tätigkeit des Richters ist im römischen Recht[13]) ausdrücklich anerkannt. *L. 13 D. de leg. (1.3)*, welche den Richter zur analogen Anwendung des Gesetzes ermächtigt und verpflichtet, bezeichnet seine Tätigkeit als ein *supplere.*[14]) Es ist nicht bloß Sache des Prätors, *supplere in eo*

---

[10]) Brinz in der Krit. Viertelj. Bd. 15 S. 164.

[11]) Auch in diesem Falle ist die richterliche Tätigkeit eine doppelte: wie der Richter, wenn ein Gesetz vorhanden ist, dasselbe auszulegen und hierauf anzuwenden hat, so hat er mangels Gesetzes die Rechtsnorm selbst aufzustellen und dieselbe dann auf den vorliegenden Fall anzuwenden. Auch hier findet Subsumtion unter einen Obersatz statt und der infolgedessen gezogene Schluß, das gefällte Urteil, macht dann *jus inter partes*. Daß diese beiden Momente seiner Tätigkeit dem Richter nicht immer zum vollen Bewußtsein kommen, erklärt sich daraus, daß *propter celeritatem conjungendarum inter se actionum una actio occultatur (L. 3 §. 12 D. de don. inter V. et U. 24, 1).*

[12]) Bülow Gesetz und Richteramt S. 48.

[13]) Auch im englischen Recht ist es anerkannt, daß es richterliches Recht gibt; *judge-made law*. Stephen, *New commentaries on the laws of England (7. edit.)* I S. 48. 49 (vgl. unten Anm. 17). Interessant ist die Bemerkung von Simson, daß „bei den englischen Richtern die ausdrückliche Anführung eines Gesetzes in einem (strafrechtlichen) Urteilsspruch" sehr selten vorkommt, so daß es „den Anschein hat, als entscheide der Richter (über Strafart und Strafmaß) *ex aequo et bono*, so gewiß auch in diesen Fällen das Gesetz die Grundlage der Entscheidung bildet". (B. v. Simson, Eduard v. Simson, Erinnerungen aus seinem Leben, 1900, S. 74 Anm. 1.)

[14]) *L. 13 cit.* (Ulp.): *Nam ... quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.* Vgl. R. Leonhard, Der allgem. Teil des B. G. B. S. 54 Anm. 2.

quod legi deest[15]), sondern ebenso die des Richters: er darf zwar nicht wie einst der Prätor[16]) das Recht berichtigen *(corrigere),* wohl aber darf und muß er es ergänzen: er darf nicht *contra legem* Recht schaffen, wohl aber *praeter legem.* Der Richter steht nicht über dem Gesetz, er ist vielmehr der Diener, gleichsam der Mund des Gesetzes, das durch ihn spricht: schweigt das Gesetz, so ist es Pflicht und Recht des Richters, aus sich heraus das Recht zu finden und zu sprechen.

Wie dem römischen und dem englischen[17]) Richter, so steht unzweifelhaft auch dem österreichischen Richter die Macht zu, für den konkreten Fall Recht zu schaffen. In der Tat übt denn auch der österreichische Zivilrichter fast Tag für Tag diese quasilegislatorische Tätigkeit aus, indem er von der Gesetzes- oder der Rechtsanalogie Gebrauch macht.[18]) Ja selbst wenn der Richter ein bestimmtes Gesetz auslegt und anwendet, schafft er nicht selten unbewußt und unabsichtlich neues Recht für den konkreten Fall. Denn indem er dem Gesetze einen Sinn unterlegt, den es in der Tat nicht hat, setzt er das von ihm in vermeintlicher Übereinstimmung mit dem Gesetze gefundene Recht an die Stelle des im Gesetze wirklich enthaltenen Rechts. Vermag aber der Richter aus all diesen Quellen das anzuwendende Recht nicht zu schöpfen, so muß er dasselbe aus seinem Rechtsbewußtsein, seinem geschulten Rechtsgefühl ableiten und an der Hand der Wissenschaft unter Würdigung aller Umstände

---

[15]) *L. 7 §. 1 D. de just. (1. 1). L. 11 D. de praescr. verb. (19. 5).*

[16]) *L. 7 §. 1 cit.*

[17]) Stephen (Anm. 12): *It is also to be observed, that many specific questions are perpetually occurring, in which the rule of the common law does not happen to be fixed by any known decision, and that these are disposed of by the judges in the manner that they think most conformable to the received rules in other analogous cases; or if there be no such analogy to guide them then according to the natural reason of the thing* (Natur der Sache). Die „Natur der Sache" („die den Dingen innewohnende Ordnung") führt jetzt auch Dernburg Pand. 5. Aufl. Bd. 1 S. 85, als Rechtsquelle an. Gelegentlich rekurrirt Dernburg aber auch auf das Rechtsgefühl (Pand. Bd. 2 § 116 Anm. 16).

[18]) „Die Analogie ist die Schöpferin neuen Rechtsinhalts und neuer Rechtswerte." Endemann Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes Bd. 1 (8. Aufl.) S. 54. Regelsberger Pand. Bd. 1 S. 156 fg. Jung a. a. O. S. 140 fg. — Auch Klein Vorlesungen über die Praxis der Zivilproz. (1900) S. 13 dringt auf „schöpferische Verwertung" der neuen Z. P. O. durch die Praxis.

und Verhältnisse bestimmen, was im gegebenen Falle recht und billig sei (*aequum et bonum;* vgl. §. 7 a. b. G. B.). Zu dieser rechtsschöpferischen Tätigkeit hat der österreichische Zivilrichter um so mehr und häufiger Veranlassung, als einerseits das österr. bürg. Gesetzbuch die Rechtsinstitute, die es überhaupt normiert, meistens nicht vollständig und nach allen Seiten hin regelt, und andererseits das moderne soziale und wirtschaftliche Leben eine große Anzahl neuer Rechtsverhältnisse hervorgebracht hat, für welche im Jahre 1811 eine gesetzliche Vorsorge nicht getroffen werden konnte. Die Lösung der Frage, was in solchen Fällen Rechtens sei, ist „der Theorie und Praxis" anheimgegeben.[19]) Ein drastisches Beispiel bietet gerade die Materie der Mora. Über die *mora creditoris* enthält das a. b. G. B. einen einzigen, überdies inhaltsleeren Ausspruch (§. 1419. Westgal. Gesetzbuch III §. 579) und in Ansehung der *mora solvendi* normiert es nur die Folge des Verzugs in der Erfüllung einer Geldschuld (§. 1333. Westgal. Gesetzb. III § 484): die Lücken muß der Richter an der Hand der Wissenschaft ausfüllen.[20])

Von noch viel größerer Bedeutung und Wichtigkeit ist die quasigesetzgeberische Tätigkeit des österr. Richters des öffentlichen Rechts. Das öffentliche Recht (insbesondere das Verwaltungsrecht) ist nicht kodifiziert und kann füglich bei dem großen Umfang desselben nicht leicht in Gesetzesform gebracht werden. Die hohe Aufgabe des Reichsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs besteht gerade darin, das öffentliche

---

[19]) Die Wissenschaft liefert die Erkenntnis, die Rechtsprechung das Erkenntnis. „Die deutsche Sprache hat ihre Gabe feinfühliger Unterscheidung um so sicherer bewährt, da sie ja die private nicht rechtsverbindliche Erkenntnis einer Wahrheit und das richterliche, mit der Macht des objektiven Rechts ausgestattete Erkenntnis über ein Recht so sorgsam auseinanderhält." Bülow, Gesetz- und Richteramt S. 9. 10.

[20]) Ich habe im System Bd. 1 S. 82. 83, die Ansicht ausgesprochen, daß für die Auslegung moderner Gesetzbücher und speziell des österr. Gesetzbuchs auf die Theorie des gemeinen Rechts Rücksicht zu nehmen sei, wie sie zur Zeit der Abfassung des Gesetzbuchs bestand, und daß das Zurückgehen und die Rücksichtnahme auf dieselbe ein wesentliches Hilfsmittel für die Auslegung und Anwendung des Gesetzes sei. Als Beispiel dafür habe ich gerade auch die Lehre von der Mora angeführt (S. 83 Anm. 20). Ich halte diese Ansicht auch heute noch trotz der Einwendungen von Berger Kritische Beiträge zur Theorie des österr. Privatrechts (1856), S. 98 fg. und Harum in Haimerls Magazin, Bd. 15 S. 144 fg. für richtig. Vgl. auch Pfaff-Hofmann Komment. Bd. 1 S. 186.

Recht an der Hand der Wissenschaft *adjuvare et supplere*, zu ergänzen und fortzubilden.[21]) Zu diesem Zweck kann der Richter sich unter Umständen der Analogie aus dem Privatrecht bedienen. Die Sphären des Privatrechts und des öffentlichen Privatrechts dürfen nicht allzu strenge auseinander gehalten werden: sie bilden vielmehr zwei zusammenhängende gleichwertige[22]) Hälften eines großen Ganzen.[23]) Überhaupt stehen alle Teile des Rechts untereinander in innigem Zusammenhange und über der Pflege eines Zweiges des Rechts darf man die anderen nicht außer acht lassen. So kann manche Lücke des sog. bürgerlichen Rechts mittelst Analogie aus dem Handelsrecht ausgefüllt werden und umgekehrt.[24]) Ebenso kann das öffentliche Recht infolge seiner Wechselbeziehung zu dem Privatrecht unter Um-

[21]) In der Ansprache, welche Lemayr am 16. September 1901 an den V. G. H. hielt, hob er hervor, daß „das öffentliche Recht, insbesondere das Verwaltungsrecht, sich in einem relativ unfertigen Zustande befindet“ und daß „den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechtes eine Aufgabe zugefallen ist, wie sie nur etwa dem römischen Prätor zugestanden ist: eine Funktion *adjuvandi* oder *supplendi juris gratia*“. (Wiener Zeit. 1901 Nr. 214.) Und Tezner bemerkt im Vorwort zur 3. Aufl. der Manzschen Ausgabe der Gesetze über das Vereins- und Versammlungsrecht (1901), „daß wir dem Reichsgericht trotz aller von ihm geübten staatsmännischen Mäßigung die Herausförderung einer wahren Fülle bedeutungsvoller Rechtsgrundsätze aus dem mageren Boden des positiven Vereinsrechtes zu danken“ haben. Vgl. jetzt noch Lemayr in seiner trefflichen rechtshistorischen und geschichtsphilosophischen Festschrift zum 25jährigen Bestande des V. G. H. in Grünhuts Zeitschrift Bd. 29 S. 1 fg. S. 125.

[22]) Ein Rest der ehemaligen Präponderanz des Privatrechts besteht darin, daß wir noch immer gewöhnt sind, die Zivilgerichte und den Privatrechtsweg als „ordentliche“ zu bezeichnen (vgl. auch Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867, R. G. Bl. Nr. 41, Art. 3 lit. a), während doch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts um nichts weniger „ordentliche“ Gerichte sind. Nur etwa den Staatsgerichtshof mag man als ein außerordentliches Gericht bezeichnen.

[23]) Die Zusammengehörigkeit aller Teile des Rechts hat in dem preußischen Landrecht einen großartigen Ausdruck gefunden. — Auf die Fruchtbarkeit der gemeinsamen Erörterung so mancher sowohl dem Privatrecht als dem Strafrecht angehörigen Fragen macht Landsberg in seinem schönen Vortrag über „Kant und Hugo“ (Grünhuts Zeitschrift Bd. 28 S. 670 fg. 684 fg.) aufmerksam. Vgl. auch Max Rümelin Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht im zivil. Arch. Bd. 90 S. 171 fg.

[24]) Vgl. Gierke Handelsgesellschaftsrecht und bürgerliches Recht, im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 19 S. 114 fg. Einen Fall der Ergänzung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs aus dem Handelsgesetzbuch stellt Tuhr in der Deutschen Juristenzeitung, VI S. 447 dar.

ständen aus demselben ergänzt werden. Dies gilt ganz besonders für das österr. öffentliche Recht. Das bürg. Gesetzbuch. das in Verbindung mit den im Kundmachungspatent Art. VIII aufrecht erhaltenen „politischen Verordnungen" mit Rücksicht auf die damaligen politischen Verhältnisse gewissermaßen, ähnlich den Zwölf Tafeln, als *fons juris publici et privati* angesehen werden mochte, enthält gar manche Bestimmung, welche öffentlich-rechtlicher Natur ist. So enthält das Gesetzbuch (§§. 28—32) Vorschriften über die Staatsbürgerschaft [25]), über die Unersitzbarkeit sog. wesentlicher Regalien [26]) und die (nicht mehr zu Recht bestehende) Unverjährbarkeit öffentlicher Abgaben (§. 1456), über religiöse Erziehung der Kinder (§. 140), über gesetzliche und richterliche Pfandrechte (§. 450) sowie über Kriegsschäden (§. 1044) und die Syndikatsklage (§. 1341), zum großen Teil allerdings unter Hinweisung auf „besondere Vorschriften". [27])

Hat nun der österr. Richter des öffentlichen Rechts die Macht, Recht zu schaffen, so fragt es sich, ob er von derselben zu dem Zwecke Gebrauch machen soll, um den Staat zur Zahlung von Verzugszinsen zu verhalten, die sonach — wie im römischen Recht zur Zeit des Formularprozesses [28]) — richterliche Zinsen wären? Diese Frage ist sowohl nach der rechtlichen Natur der Verzugszinsen als nach Analogie aus dem Privatrecht zu bejahen.

Der Gläubiger hat ein Interesse daran, daß die geschuldete Geldleistung rechtzeitig erfolge. Dieses Interesse besteht jedenfalls darin, daß der Gläubiger, wenn er das geschuldete Geld zur rechten Zeit erlangt haben würde, imstande gewesen wäre, dasselbe verzinslich anzulegen: der Schade, den er er-

---

[25]) Vgl. Unger System Bd. 1 S. 291.

[26]) Vgl. Unger System Bd. 2 S. 264, 265.

[27]) Unsere Kommentatoren führen zu jenen Paragraphen die einschlägigen besonderen Vorschriften an (vgl. auch die von Schey besorgte Manzsche Ausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches, 16. Aufl. 1899), was gewiß sehr praktisch und dankenswert, aber immerhin systemwidrig ist.

[28]) In dieser Periode erfolgte die Zuerkennung von Verzugszinsen durch das *officium judicis (L. 49 D. de A. E. V. 19. 1. L. 24 D. depos. 16. 3. L. 1 pr. D. de usur. 22. 1):* Offizialzinsen. Vgl. Brinz Pand. Bd. 2 §. 244 S. 118. §. 273 S. 300. Mit dem Aufhören des Formularprozesses verloren die Verzugszinsen diesen richterlichen Charakter, da sie nunmehr kraft Rechtens zugesprochen werden mußten.

leidet, besteht somit jedenfalls in dem Entgang des Gewinnes. [29]) Dieses Interesse [30]) zu vergüten, diesen Schaden zu ersetzen

[29]) Es kann aber auch der Fall sein, daß der Gläubiger durch den Verzug des Schuldners einen so großen Schaden erleidet, daß derselbe durch die Verzugszinsen nicht gedeckt wird: in solchen Fällen muß auch das überschießende Interesse vergütet und das Plus des erlittenen Schadens ersetzt werden. Auf dem Gebiet des gemeinen Rechts herrscht darüber kein Zweifel. Der Reichsdeput.-Hauptschl. von 1600 §. 137 spricht aus, daß zwar *ex officio* auf mehr als 5% nicht erkannt, dagegen aber dem Gläubiger „sein ganzes Interesse zu deduzieren .... und dem richterlichen Erkenntnis darüber zu gewarten unbenommen sein soll". Ebenso bestimmt das deutsche bürgerliche Gesetzbuch §. 288 Abs. 2, daß „die Geltendmachung eines weiteren Schadens nicht ausgeschlossen ist". Auch das schweizerische Bundesgesetz über das Obl. R. Art. 121 gestattet die Forderung des Plus des Schadens, legt jedoch (m. E. mit Unrecht) in diesem Fall dem Gläubiger den Beweis des Verschuldens des *debitor morosus* auf. Vgl. auch Art. 283 H. G. B. Das Gleiche ist aber auch für das österreichische Recht zu behaupten. Vgl. Unger in Haimerls Viertelj. Bd. 14 S. 123 Anm. 11. Kirchstetter Komment. (3. Aufl. 1876) ad §. 1333 S. 640. Krainz-Pfaff System (3. von Ehrenzweig besorgte Aufl. 1900) Bd. 2 S. 145 Anm. 17. Dagegen wird dies von Randa Lehre von den Zinsen (1869), S. 14. 15 in Abrede gestellt wegen der „kategorischen, gebietenden" Fassung des §. 1333. Ebenso mit einer anderen Redewendung Hasenöhrl Österr. Obl. R. Bd. 1 (2. Aufl. 1892) §. 20 Anm. 30. Allein die Vorschrift, daß Verzugszinsen zu zahlen sind, kann ja gar nicht anders als befehlend lauten (Gesetzesbefehl): indem aber das Gesetz Verzugszinsen zu zahlen dem Schuldner gebietet, verbietet es doch dem Gläubiger nicht, das höhere Interesse zu liquidieren und die Vergütung desselben zu fordern. Wenn Stubenrauch Komment II. (8. Aufl. S. 727) ad §. 1333 behauptet, daß die Vorschrift des §. 1333 eine „durchgreifende" sei, so ist dies eine durch nichts bewiesene *petitio principii.* Überhaupt ist ja das *argumentum ex silentio* ein sehr bedenkliches. Hiezu kommt, daß das bürgerliche Gesetzbuch in §. 1154 den mit der Entrichtung des Lohnes in Verzug befindlichen Besteller eines Werkes verpflichtet, „den Bestellten vollkommen zu entschädigen": es ist kein vernünftiger Grund zu finden, warum Gläubiger aus anderen Schuldverhältnissen schlechter gestellt sein und auf die Verzugszinsen beschränkt sein sollen. Freilich Zeiller III S. 620 versteht unter der „vollkommenen" Entschädigung die Zahlung von Verzugszinsen. Auch Schey *Mora creditoris* S. 17 Anm. 1 will in der Vorschrift des §. 1154 „eine Erweiterung der Folgen des Verzuges über die in §. 1333 normierte" erblicken. Unerfindlich ist mir, wie Strohal Gutachten S. 166 und Stubenrauch II (8. Aufl. S. 423) ad §. 1154 behaupten können, daß das Hofdekret vom 18. Jänner 1842 Z. 592 „in Erläuterung des §. 1154 besagt, daß in diesem Falle der Bestellte nur auf die Verzugszinsen Anspruch habe, womit eine Kontroverse der älteren Literatur über den Umfang dieses Entschädigungsanspruches entschieden sei", da doch das angeführte Hofdekret über die Frage: „ob die Anwendung des §. 1333 nicht auch auf verzögerte Leistungen von Gegenständen, die einen erweislichen Geldwert

sind die Verzugszinsen bestimmt, die somit eine Art des Schadenersatzes bilden. [31]) Die Verpflichtung, widerrechtlich zugefügten Schaden zu ersetzen, ist nichts dem Privatrecht Eigentümliches: sie beruht vielmehr auf einem allgemeinen Rechtssatz und muß deshalb auf allen Rechtsgebieten zur Anwendung kommen. [32]) Es kann dagegen auch nicht mit Grund eingewendet werden, daß doch die Bestimmung der Höhe der Verzugszinsen rein positiver Natur sei und daß es daher ohne gesetzliche Bestimmung nicht angehe, auf Verzugszinsen zu erkennen. Allein es findet hier nur eine aus der wirtschaftlichen Lage abgeleitete unwiderlegbare Präsumtion dafür statt, daß man sein Geld zum landesüblichen Perzentsatz placiert: es handelt sich somit nur um eine Befreiung des Gläubigers von der Beweis-

---

haben", die folgende Erläuterung gibt: „Die Vorschrift des §. 1333 findet auf alle Forderungen in Geld, sie mögen aus einem Darlehen oder aus einem anderen Rechtstitel herrühren, nicht aber auf solche Forderungen eine Anwendung, welche keine Summe Geldes, sondern eine andere Sache oder Leistung, selbst wenn der Titel ein Darlehen ist, zum Gegenstande haben". In Übereinstimmung mit der hier vertretenen Ansicht hat der oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 26. Februar 1873 (Glaser-Unger Samml. Nr. 4891) entschieden, daß die Verzögerung einer in Gold bedungenen Zahlung nicht bloß zur Zahlung von Verzugszinsen, sondern auch zur Vergütung der Kursdifferenz verpflichtet, und hat dies damit motiviert, daß „ein weiteres Ersatzrecht durch §. 1333 nicht ausgeschlossen wird". — Aus den Beratungsprotokollen geht allerdings hervor, daß die Verfasser des Gesetzbuches eine über die Verzugszinsen hinausgehende Mehrforderung abschneiden wollten (Pfaff Gutachten S. 105 Anm. 311): allein die Protokolle haben bekanntlich keine bindende Kraft.

[30]) *L. 60 pr. D. pro soc. (17, 2): .... quod socii intersit moram eum (socium) non adhibuisse.* Vgl. insbesondere Brinz Pand. II S. 273 Anm. 3.

[31]) Der §. 1333 steht denn auch im 30. Hauptst. von Schadenersatz. Vgl. auch §. 1333 verb. „Der Schade" usw. Es wird sich später zeigen, daß §. 1333 keine Ausnahme von der Regel des §. 1295, wohl aber eine Ausnahme von der Vorschrift des §. 1324 bildet: Verzugszinsen müssen gezahlt werden ohne Unterscheidung der Grade der Culpa, indem der „Schuldner in allen obligatorischen Verhältnissen für dieselbe Mora haftet". Mommsen Beiträge zum Obl. R. III S. 23 fg. 69 fg. Unger in Haimerls Viertelj. Bd. 14 S. 130 Anm. 7 a. E.

[32]) Als adminikulierend für die Verpflichtung des Staates zur Zahlung von Verzugszinsen vom Verfallstag der Schuld an mag der Umstand angeführt werden, daß der Schuldner öffentlich-rechtlicher Abgaben von jenem Zeitpunkt an Verzugszinsen zahlen muß (siehe die betreffenden Gesetze in der von Schey besorgten 16. Aufl. der Manzschen Ausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches ad §. 1333): es ist nur gerecht und billig, daß andererseits auch der Staat von seiner öffentlich-rechtlichen Schuld Verzugszinsen zahle.

last.[33]) Die **richterlichen** Zinsen sind daher in demselben Maße zuzusprechen wie die **gesetzlichen** (Ges. vom 14. Juni 1868 R. G. Bl. §. 2 und vom 15. Mai 1855 R. G. Bl. Nr. 77).[34]) Das Reichsgericht spricht denn auch, obwohl es an einer gesetzlichen Handhabe dafür fehlt, unbedenklich vom Klagstage an fünfprozentige Verzugszinsen zu. Mögen nun immerhin die vom Klagstage bis zum Urteil laufenden Zinsen nicht echte Verzugszinsen sein (sogenannte **Prozeßzinsen**)[35]), so sind doch

[33]) Vgl. Savigny System Bd. 4 S. 140 Bd. 6 S. 135 fg. Brinz a. a. O. Über die rechtliche Natur dieser Präsumtion vgl. Unger System Bd. II §. 130 III, Nr. 4 und in Haimerls Viertelj. S. 132 Anm. 11.

[34]) Bei den gegenwärtigen wirtschaftlichen Verhältnissen ist das Maß von 5% für gesetzliche und richterliche Zinsen zu hoch: es wäre wohl an der Zeit, zu der Bestimmung des §. 995 zurückzukehren und die gesetzlichen Zinsen (mindestens) wieder auf 4% herabzusetzen. Auch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch §. 240. §. 288 Satz 1 setzt das Maß der gesetzlichen und insbesondere der Verzugszinsen auf 4% fest. In der vereinigten Kommission des Herren- und des Abgeordnetenhauses zur Beratung der Exekutionsordnung wurde die Regierung aufgefordert, einen auf 4% lautenden Gesetzentwurf einzubringen und nur in Erwartung der Erlassung eines solchen Gesetzes wurde in §. 153 der Exekutionsordnung der Prozentsatz auf 4% festgesetzt. Bekanntlich ist diese Erwartung bisher nicht in Erfüllung gegangen. — §. 995, der den gesetzlichen Zinsfuß festsetzt, ist zu eng gefaßt. Denn dieser Zinsfuß gilt nicht nur dann, wenn „jemandem Zinsen ohne ausdrückliche Bedingung aus dem Gesetze gebühren“, sondern auch wenn sonst (insbesondere aus einem Rechtsgeschäfte) Zinsen in unbestimmt gelassener Höhe gebühren (z. B. der Erblasser vermacht jemandem eine Geldsumme, welche erst nach einer bestimmten Zeit zu entrichten ist, aber bis dahin verzinst werden soll, jedoch ohne Angabe der Zinsenhöhe). Genauer gefaßt ist §. 246 des deutschen B. G. B.: „Ist eine Schuld nach Gesetz oder Rechtsgeschäft zu verzinsen, so sind vier vom Hundert für das Jahr zu entrichten, sofern nicht ein Anderes bestimmt ist.“

[35]) Über Prozeßzinsen vgl. Savigny System Bd. 6 §§. 270. 271. Buchka Einfluß des Prozesses Bd. 1 §. 10 Bd. 2 §. 22. Regelsberger Pand. Bd. 1 §. 194. Deutsches bürgerliches Gesetzbuch §. 291. — Für die Annahme von Prozeßzinsen auch im österreichischen Recht Unger System Bd. 2 S. 547 Anm. 43. Ein Argument dafür liegt in §. 338 a. b. G. B. (vgl. Windscheid Pand. Bd. 1 §. 124 Anm. 6 a. E.): wie der redliche Besitzer vom Zeitpunkt der Klagsbehändigung an die Früchte herausgeben muß, so hat der redliche Geldschuldner von diesem Moment an Zinsen zu zahlen. Übereinstimmend Pfaff in der österr. G. Z. 1868 S. 41. Schiffner Lehrbuch des österr. Privatrechts Heft 5 S. 208. Das Gesetz vom 15. Mai 1885 (R. G. Bl. Nr. 77) §. 3 lit. b bestimmt daher auch, daß, „wenn fällige Zinsen eingeklagt werden, von diesen vom Tage der Klagsbehändigung an“ Zinsen gefordert werden können. Viele österr. Schriftsteller erklären sich jedoch gegen die Annahme von Prozeßzinsen. Dies ist begreiflich und konsequent, wenn man von der (unrichtigen)

ganz gewiß die vom Urteil an laufenden Zinsen (Urteilszinsen)[36] wahre Verzugszinsen.

Für diese Behandlung spricht denn auch die Analogie aus dem Privatrecht (§. 1333 a. b. G. B.). Denn für die juristische Tatsache des Verzuges und für den Eintritt der rechtlichen Folgen der Mora ist die Qualität des Schuldners — Privatperson oder Staat — ganz irrelevant.

Soll nun der Staat zur Zahlung von Verzugszinsen verpflichtet sein, so muß sich natürlich die betreffende Verwaltungsbehörde in Verzug befinden. Daß auch auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts Fälligkeit der Schuld[37]) eine Voraussetzung

---

Ansicht ausgeht, daß nach österr. Recht Culpa ein Element der Mora nicht ist. So Burckhard System Bd. 1 §. 122 Anm. 32. Ebenso Hasenöhrl Österr. Obl. R. (2. Aufl.) Bd. 1 §. 20 Anm. 28, da „die Behauptung, daß ein Schuldner als Beklagter auch nicht in Mora sein könne, wegen §. 1334 nicht zutreffend sei“: er verweist dafür auf Bd. 2 §. 83 I a (S. 304 fg.) seines Werkes. Allein an dieser Stelle lehrt Hasenöhrl vielmehr, daß auch nach österr. Recht Verschulden ein Erfordernis der Mora sei: zwischen beiden Stellen scheint ein unlösbarer Widerspruch zu bestehen. Krainz-Pfaff System (3. von Ehrenzweig besorgte Aufl. 1899. 1900) Bd. 1 S. 159 Nr. 6 nimmt zwar in der Regel Verschulden als Erfordernis der Mora an, macht jedoch auf Grund des §. 1333 eine Ausnahme in Ansehung der Verzugszinsen. Diese Mittelmeinung ist gewiß nicht zu billigen: ein vernünftiger Grund für eine solche verschiedene Behandlung läßt sich nicht finden. Auch Ehrenzweig in Grünhuts Zeitschr. Bd. 25 S. 289. 290 verwirft die Annahme von Prozeßzinsen im Prinzip, erklärt jedoch außer den Zinseszinsen (s. oben) auch die Zinsen *ultra alterum tantum* (§. 1335 a. b. G. B.) als echte Prozeßzinsen (S. 289 Anm. 24 und in Krainz System 3. Aufl. S. 298 Anm. 31). Allein die Zinsen, die „vom Tage der erhobenen Klage an neuerdings gefordert werden können“, sind die vertragsmäßigen: die unvermeidliche Dauer des Prozesses ist hier also nicht der Grund der Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen. sondern der Beginn des Prozesses räumt nur die Schranke hinweg, die dem weiteren Laufe der Zinsen bisher entgegenstand. In diesem Sinne kann man in diesem Fall sagen: *lite contestata usurae currunt. L. 36 D. de usur. 22 1* (vgl. zu dieser Stelle Savigny System Bd. 6 S. 142 fg. Dernburg Pand. Bd. 1 §. 154 Anm. 19). Der praktische Unterschied besteht darin, daß die echten Prozeßzinsen immer nur 5% betragen, während die vertragsmäßigen Zinsen, die nach der Klagserhebung wieder weiter laufen, höher sein können.

[36]) Genauer gesprochen, vom Ablaufe der im Urteil gesetzten Erfüllungsfrist. Diese Frist wird vom Reichsgericht in der Regel auf 14 Tage, unter Umständen aber auch auf eine längere, selbst mehrmonatliche Zeit gesetzt. §. 34 Ges. v. 18. April 1869 (R. G. Bl. Nr. 44). Vgl. §. 409 Z. P. O.

[37]) Der Verfallstag ist in manchen Fällen durch Gesetz oder Verordnung bestimmt, so für Gehalt und Pension der Staatsbeamten (Blonski

der Mora bildet, und daß die Regel *dies interpellat pro homine* (§. 1334 a. b. G. B. § 284 Abs. 2 deutsches bürgl. Gesetzb.) auch hier gilt, steht außer Zweifel. Wie verhält es sich aber mit dem Erfordernis des Verschuldens? Ist die Culpa ein Element der Mora? Diese Frage ist bekanntlich auf dem Gebiete des gemeinen Rechts [38]) ebenso streitig wie auf dem Boden des österreichischen Rechtes.[39]) Für die Bejahung derselben spricht folgende Erwägung. Der eingemahnte Schuldner, der seine Verpflichtung nicht rechtzeitig erfüllt, begeht dadurch allein schon eine Pflichtverletzung und befindet sich *eo ipso* in Schuld und Unrecht [40]): dieses Unrecht muß er sühnen. Es ist aber nur gerecht und billig, dem Schuldner zu gestatten, sich von seiner Schuld zu reinigen und den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit zu entkräften: er soll Umstände nachweisen dürfen, welche im gegebenen Fall seine Unschuld dartun, seine Säumnis entschul-

Der österr. Zivilstaatsdienst 1882 S. 193. 305. 347. 369), für die Congrua (Verordnung vom 20. Jänner 1890 R. G. Bl. Nr. 7 §. 12), für die Entschädigung für gekeulte Tiere (Ges. v. 17. August 1892 R. G. Bl. 142 §. 26).

[38]) Die Literatur bei Schey *Mora creditoris*, S. 16 Anm. 7 und Hasenöhrl Bd. 2 §. 83 Anm. 50.

[39]) Die Literatur bei Schey S. 16 Anm. 2 und Hasenöhrl Anm. 51. — Darauf, daß §. 1334 im 30. Hauptst. vom Schadenersatz steht, ist nur wenig Gewicht zu legen, da §. 1295 die Regel aufstellt, daß Verschulden ein Erfordernis der Ersatzpflicht ist und es eben die Frage ist, ob §. 1334 unter die Regel fällt oder eine Ausnahme ist. Wohl aber sind für das Erfordernis der Culpa beweisend (vgl. Schey S. 81 fg.) §§. 965. 1051 und 1154 (in diesem Paragraph ist nicht, wie Schey S. 82 Anm. 3 anzunehmen scheint, von der *mora creditoris*, sondern von der *mora debitoris* die Rede, da der Besteller hier als Lohnschuldner in Betracht kommt; vgl. auch Hasenöhrl Bd. 2 §. 84 Anm. 57). Auch der oberste Gerichtshof hält Culpa für ein Erfordernis der Mora; vgl. die zahlreichen, von Schey in der von ihm besorgten Manzschen Ausgabe des bürgerl. Gesetzbuches (16. Aufl.) S. 621 Nr. 14 angef. Entscheid. — Auch das deutsche bürgerl. Gesetzbuch §. 275 steht bei der *mora solvendi* auf diesem Standpunkt, während es bei der *mora creditoris* von dem Erfordernis der Culpa absieht (§. 293), was sich vom legislativen Standpunkt aus mit Rücksicht auf die sonst prekäre Lage des Schuldners wohl rechtfertigen läßt. Vgl. Kohler im Arch. für bürgerl. Recht Bd. 13 S. 149 fg. Rosenberg in Iherings Jahrbüch. Bd. 43 S. 201 fg. Oertmann Schuldverhältnisse S. 49. Crome System Bd. 2 S. 147 (a. A. Munk Wesen der *mora creditoris* S. 46 fg. Dernburg Pand. Bd. 2 S. 43 Anm. 9; vgl. auch Endemann Lehrb. Bd. 1 S. 788 Anm. 11).

[40]) Vgl. insbesondere Brinz Pand. Bd. 2 §. 273. Dernburg Pand. Bd. 2 S. 40 Nr. 3.

digen.[41]) Die Frage ist also eigentlich nicht darauf zu stellen, ob Mora Culpa erfordert, sondern ob und welche Exkusationsgründe zugelassen werden sollen.[42])

In dieser Beziehung ist es nun von besonderer Wichtigkeit, daß Unkenntnis der Schuld einen Entschuldigungsgrund für den säumigen Schuldner in der Regel nicht zu bieten vermag. Es ist seine Sache, sich über Bestand und Höhe der Schuld rechtzeitig erforderliche Gewißheit zu verschaffen. Nur wenn der Schuldner wohlbegründete und berechtigte Zweifel über das Schuldverhältnis hat, ist ihm ein Vorwurf daraus nicht zu machen, daß er auf die Mahnung *(per hominem* oder *per diem)* hin nicht sofort Zahlung leistet, sondern es auf die richterliche Entscheidung ankommen läßt.[43])

---

[41]) Das Verschulden ist somit nicht ein positives, sondern ein negatives Moment der Mora (vgl. Wendt Pand. S. 547). Deshalb hat auch der Kläger zwar die Fälligkeit der Schuld und die Mahnung (*per hominem* oder *per diem*) darzutun, nicht aber auch die Culpa des Schuldners. Paul. S. R. III §. 4 *mora autem fieri videtur cum postulanti non datur. L. 32 pr. D. de usur. (22. 1): Mora fieri intelligitnr . . . si interpellatus non solverit.* Vgl. Brinz Bd. 2 S. 289. Dernburg Pand. Bd. 2 §. 40 Anm. 16. Unger Syst. Bd. 2, §. 128 Anm. 41 a. E. — Daraus erklärt sich auch, daß §. 1334 a. b. G. B. vom Verschulden keine Erwähnung macht, da sonst dasselbe als positive Voraussetzung der Mora erschiene und der falsche Schein entstanden wäre, als ob der Kläger das Vorhandensein von Culpa zu beweisen hätte. (Insofern ist §. 1154 verb. „aus seiner Schuld“ nicht korrekt gefaßt)

[42]) Vgl. Unger in Haimerls Viertelj. Bd. 14 S. 129 Anm. 7. So nimmt denn auch Zeiller Bd. 3 S. 771 an, daß „ein rein äußerlicher Zufall (z. B. räuberische Plünderung des dem Gläubiger zugesandten Geldes“) die Verzögerung entschuldigt, obgleich er doch unmittelbar vorher (S. 770) behauptet, daß Verschulden ein Erfordernis der Mora nicht bilde.

[43]) *L. 24 pr. D. de usur. (22. 1). Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si juste ad judicium provocavit.* Gründe einer solchen *justa ignorantia* gibt *L. 42 D. de R. J. (50. 17)* an. In diesem Sinne heißt es *L. 63 D. de R. J. (50. 17) Qui sine dolo malo ad judicem provocat, non videtur moram facere. L. 99 eod.* Dagegen *L. 82 §. 1 D. de V. O. (45. 1). Et hic videtur moram fecisse, qui litigare maluit quam restituere.* Vgl. 338 a. E. österr. B. G. B. Es kommt im gegebenen Falle auf die individuellen Umstände an, ob der Verzug entschuldbar sei oder nicht. *L. 32 pr. D. h. t. (22. 1). . . . cum (mora) sit magis facti quam juris.* Vgl. Dernburg Pand. Bd. 1 §. 154 Anm. 12 Bd. 2 §. 40 Nr. 3. Unger in Haimerls Viertelj. Bd. 14 S. 131 Anm. 19. Stubenrauch Komment. (8. Aufl.) Bd. 2 S. 725. — Vgl. §. 285 deutsches B. G. B. Protok. I S. 325. Planck Komment. Bd. 2 S. 63. Oertmann Recht der Schuldverh. S. 45. Dernburg Die Schuldverh. Bd. 1 S. 156.

Eine wohltätige Wirkung des bloßen Bestandes der beiden Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts besteht darin, daß die Verwaltungsbehörden sich nicht selten dazu entschließen, den Kläger klaglos zu stellen, um dadurch das gerichtliche Verfahren zu vermeiden. Zu einer solchen Klaglosstellung gehört aber auch die Entrichtung der Verzugszinsen vom Verfallstage der Schuld an, dafern nicht die Verwaltungsbehörde darzutun vermag, daß sie sich über die Existenz oder die Höhe des eingeklagten Anspruchs in einem entschuldbaren Irrtum befunden hat.

Es entsteht nunmehr die Frage, ob die Forderungen von Verzugszinsen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts ebenso wie kraft des Hofdekrets vom 22. August 1836 (J. G. S. Nr. 151) im österr. Privatrecht einer dreijährigen Verjährung unterliegen.[44])

Gegen die kürzeren Verjährungsfristen für Verzugszinsen sprechen erhebliche legislative Bedenken.[45]) Die kürzeren Verjährungsfristen für Zinsen haben den Grund, für den Schuldner keine zu große Last anwachsen zu lassen, zu verhindern, daß durch die Nachlässigkeit *(desidia)* des Gläubigers die Zinsen zu sehr anschwellen. Im Fall der Mora trifft aber den Schuldner der Vorwurf der *desidia:* er befindet sich im Unrecht und seine Pflichtwidrigkeit verdient doch gewiß keine Begünstigung. Die Verzugszinsen sind gewissermaßen Strafzinsen: *usurae non propter lucrum petentium, sed propter moram solventium infliguntur (L. 17 §. 3 i. f. D. de usur. 22. 1).* Sie beruhen auf einer besonderen sachgemäßen Berechnung des Zeitinteresse und sollten daher nicht einzeln und selbständig verjähren, sondern in ihrer Gesamtheit zur Vergütung des Interesse der ganzen Verzugszeit dienen und daher zusamt und in derselben Zeit mit der Hauptforderung verjähren.[46]) Ungeachtet dieser Bedenken wird

---

[44]) Auch nach dem deutschen B. G. B. (§. 197) verjähren Verzugszinsen schon in vier Jahren.

[45]) Ich habe diese Bedenken schon im System Bd. 1 §. 66 Anm. 41 und in Haimerls Viertelj. Bd. 14 S. 121 Anm. 7 ausgesprochen.

[46]) Während nun Verzugszinsen nach deutschem Recht (Anm. 39) schon in 4 Jahren verjähren, verjährt der Anspruch auf Ersatz des „weiteren" Schadens (Anm. 25) erst in 30 Jahren, Protok. I S. 208 Anm. 1. Planck Komment. Bd. 1 S. 248. Diese *inelegantia juris* rügt mit Recht Dernburg Das bürgerl. Recht des Deutschen Reichs Bd. 2 §. 72 Nr. 4 S. 159. Sie ist eben die leidige Folge der unpassenden Statuierung kürzerer Verjährungsfristen für Verzugszinsen.

man aber kaum umhin können, nach Analogie jenes Hofdekrets auch auf dem Gebiete des öffentlichen Vermögensrechts eine dreijährige Verjährung der Verzugszinsen anzunehmen. Denn diese kürzere Verjährung der Verzugszinsen ist in das allgemeine Rechtsbewußtsein übergegangen und es würde Befremden erregen, wenn Verzugszinsen, falls der Staat Schuldner aus einem privatrechtlichen Verhältnis ist, schon in drei Jahren verjähren, dagegen erst in dreißig Jahren oder etwa gar nicht[47]), falls das Schuldverhältnis ein öffentlich-rechtliches ist.

II.

Wenn jemand dem Staate auf dessen Geheiß („Vorschreibung") eine Geldleistung macht, welche er überhaupt oder doch in solcher Höhe zu machen nicht schuldig ist, so kann er die ungebührlich *(indebite)* gezahlte Geldsumme zurückfordern. Mit welcher Klage?

Auf den ersten Blick wird man geneigt sein, an die persönliche *condictio indebiti*[48]) zu denken, da die bezahlte Schuld

[47]) Das Reichsgericht (Samml. III Nr. 104, VI Nr. 237) und ebenso der V. G. Hof (Samml. II Nr. 206. III Nr. 618. XVI Nr. 6262) lehnen die analoge Anwendung des §. 1480 a. b. G. B. mit der Begründung ab, daß die Verjährung ein positives, dem Privatrecht eigentümliches Rechtsinstitut sei, dessen Übertragung auf das Gebiet des öffentlichen Rechts unstatthaft sei. Allein die legislativen Gründe, die für die Institution der Verjährung auf dem Gebiete des Privatrechts bestehen (System II §. 119), gelten ebenso auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Nunmehr hat auch das Gesetz vom 18. März 1878 §. 5 (R. G. Bl. Nr. 35) eine sechsjährige Verjährungsfrist für öffentliche Abgaben festgesetzt *(privilegium fisci)*.

[48]) Die Rückforderungsklage des §. 1431 a. b. G. B. ist lediglich und ausschließlich eine persönliche Klage. Vgl. auch Krainz System (3. Aufl.) Bd. 2 S. 354. Dagegen behaupten Strohal Die Gültigkeit des Titels (1891) S. 33 fg. und Krasnopolski in der Prager Viertelj. (1891) S. 76 fg., daß §. 1431 sowohl die dingliche als die persönliche Klage, *petitio* und *actio* umfasse. Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich daraus, daß bei der Vindikation der Kläger zunächst nichts anderes als sein Eigentum und eventuell erst *replicando* die Nichtschuld und seinen Irrtum zu beweisen hat, wogegen bei der *cond. indeb.* der Kläger gerade diese beiden letzteren Momente als das Fundament seines Rückforderungsanspruchs darzutun hat. Indem nun § 1431 jene beiden Erfordernisse der Rückforderungsklage statuirt, kann derselbe nur von der persönlichen Klage verstanden werden. Die Berufung auf §. 1433, in welchem die Rückforderungsklage allerdings zunächst die dingliche ist, ist deshalb nicht beweisend, weil dieser Paragraph gar nicht in die Materie der *cond. indeb.* gehört, vielmehr

eine Nichtschuld ist, die nunmehr kondiziert werden soll.[49]) Allein bei näherer Betrachtung erweist sich diese Annahme als unhaltbar, da es an zwei wesentlichen Voraussetzungen der *condictio indebiti* fehlt.

Eine der wesentlichen Voraussetzungen der *condictio indebiti* besteht nämlich in der Freiwilligkeit der Leistung der Nichtschuld.[50]) Wenn die Leistung nicht freiwillig, sondern zur Ver-

---

eine *lex fugitiva* ist: der Minderjährige zahlt ja in diesem Falle gar nicht ein *indebitum*, sondern ein wirkliches (wenngleich nur naturales) *debitum* (§. 1432): daß er das Gezahlte dennoch mit der Vindikation zurückfordern kann, erklärt sich aus seiner Handlungs- (Veräußerungs-)Unfähigkeit. §. 2 *J. quib. alien. (7. 8). L. 29 D. de cond. indeb. (12. 6): persona locum facit repetitioni.* Übrigens bedeutet „Eigentum" in §. 1433 soviel wie Vermögen. (Auch für das preußische Recht hat Baron Abhandlungen aus dem preuß. Recht 1860 S. 98 fg. dieselbe Behauptung wie Strohal und Krasnopolski aufgestellt, dagegen haben sich jedoch Gruchot Beitr. Bd. 8 S. 434 fg. und Dernburg preuß. Privatr. Bd. 2 S. 289 Anm. 29 erklärt: „Das Landrecht behandelt die Klage durchweg wie eine persönliche.") Daneben und abgesehen von der persönlichen Rückforderungsklage des §. 1431 kann aber derjenige, der Sachen *indebite* zu Eigentum tradirt hat, auch die Eigentumsklage anstellen, da die Eigentumstradition, wie Strohal a. a. O. überzeugend dargetan hat, nach österr. wie nach preuß. Recht (vgl. O. Fischer Lehrb. des preuß. Privatr. S. 210. 212) nicht ein abstraktes, sondern ein kausales Rechtsgeschäft ist. Es konkurrieren also dingliche (§. 366) und persönliche (§. 1431) Rückforderungsklage, wie nach röm. Recht *rei vindicatio* und *condictio furtiva*. (Vgl. jedoch dagegen Robert v. Mayr in dem in der jurist. Gesellschaft in Wien am 26. Febr. 1902 gehaltenen und in Sonderabdruck aus der österr. G. Z. erschienenen Vortrag S. 8. 9: er übersieht aber, daß der Empfänger in den fraglichen Fällen jedenfalls „etwas erlangt" hat, nämlich den Besitz der *indebite* tradirten Sache. Vgl. auch Mayr selbst in der Anm. 53 angef. Schrift S. 316. 317.)

[49]) Von dieser Auffassung ist denn auch das österr. Reichsgericht in den Gründen zu der in Anm. 71 angef. Entscheidung v. 20. April 1903 ausgegangen.

[50]) Das schweiz. Bundesges. über das Obl. R. hat das Erfordernis der Freiwilligkeit in die Grundbestimmung über die *condictio indebiti* aufgenommen. Art. 72: „Wurde eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, so ist die Rückforderung nur dann statthaft, wenn der Zahlende nachzuweisen vermag, daß er sich über seine Schuldpflicht im Irrtum befunden habe." Ebenso hebt das A. L. R. I. 16 §. 207 als einen besonderen, von der *cond. indeb.* (§§. 166 fg.) verschiedenen Fall hervor: „Was dem Geber widerrechtlicher Weise abgenötigt worden, muß demselben zurückgegeben werden." (Vgl. hiezu Dernburg preuß. Privatr. 4. Aufl. Bd. 2 S. 899.) Darüber, daß dies jetzt auch nach reichsdeutschem Recht gilt, trotz der Nichterwähnung dieses Erfordernisses in §. 814 B. G. B., vgl. Dernburg Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches Bd. 2 Abth. 2 §. 376 Anm. 3, der jedoch in diesen Fällen (vgl. auch Pand.

meidung eines sonst bevorstehenden administrativen oder gerichtlichen Zwangsverfahrens geschah, so kann zwar das *indebite* Geleistete zurückgefordert werden, aber die Klage, mit der dies geschieht, ist nicht die *condictio indebiti*. Dies ist nun in der Tat in den uns hier beschäftigenden Fällen die Sachlage. Wenn der vermeintliche Schuldner dem Auftrage, eine öffentliche Abgabe zu entrichten, nicht ohne weiteres nachkommt, so droht ihm die administrative oder gerichtliche Exekution. Auf diesem Gebiete gilt der Grundsatz: *solve et repete*.

Eine weitere unumgängliche Voraussetzung der *condictio indebiti* ist der Irrtum: *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. L. 53 D. d. R. J. (50.17).*[51] Die meisten neueren Gesetzgebungen stellen denn auch den Irrtum als ein wesentliches Erfordernis der *condictio indebiti* ausdrücklich auf.[52] Nur eine Konsequenz dessen, daß der Irrtum „einen Hauptfaktor des Anspruchs", einen wesentlichen Bestandteil des Fundaments der Rückforderung bildet, ist die Verpflichtung des Klägers zum Beweise seines Irrtums bei der Zahlung der Nichtschuld[53]), nur daß der Irrtum sich häufig

5. Aufl. Bd. 2 S. 381) mit Unrecht die anzustellende Rückforderungsklage als *condictio indebiti* qualifiziert. Der Entw. eines ungar. a. b. G. B. §. 1766 S. 1 vermengt gleichfalls die beiden grundverschiedenen Fälle: „Eine behufs Erfüllung einer Verbindlichkeit gemachte Leistung kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er die Leistung nicht schuldete, es sei denn, daß er die Leistung in einer der anderen Partei erkennbaren Zwangslage oder mit Vorbehalt seines Rückforderungsrechtes machte."

[51]) Darüber, daß dieser allgemeine Ausspruch insofern unrichtig ist, als im Falle der wissentlichen Zahlung einer Nichtschuld nicht immer eine Schenkungsabsicht vorhanden zu sein braucht, vgl. Dernburg Pand. Bd. 2 §. 141 Anm. 18. Windscheid Pand. Bd. 2 §. 426 Anm. 13. Vgl. auch Pernice Labeo Bd. 3 (1892) S. 246.

[52]) A. L. R. I. 16 §. 166. Österr. Gesetzb. §. 1431. *Cod. civ. art. 1377.* Schweiz. Gesetzb. Art. 72 (Anm. 50). Nur das deutsche B. G. B. §. 812 (dem, wie auch sonst häufig, der Entw. eines ungar. a. b. G. B. §. 1762 folgt) macht hierin eine Ausnahme; vgl. die folg. Anm.

[53]) Dies ist denn auch unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern die *communis opinio*. Dagegen behauptet insbesondere Wächter Pand. Bd. 2 S. 501. 502, daß der Kläger vom Beweise des Irrtums frei sei. Ebenso jetzt Robert v. Mayr, Die *Condictio* des röm. Privatrechts (1900) S. 393 fg. Vgl. auch die gewundene Darstellung von Windscheid Bd. 2 (8. Aufl.) §. 426 a. E. S. 842, die auf die Verfasser des deutschen B. G. B. von Einfluß gewesen sein

schon aus den Umständen des Falls ohne weiteres ergibt und daher keines besonderen Nachweises im konkreten Fall bedarf.[54]) Wäre nun die im Fall der Zahlung einer nichtgeschuldeten öffentlichen Abgabe anzustellende Klage in der Tat die *condictio indebiti*, so könnte der Kläger mit seinem Anspruch häufig nicht durchdringen, da er in vielen Fällen weiß und vielleicht sogar unter Protest behauptet, daß er die ihm auf- und abgenötigte Leistung zu machen nicht verpflichtet sei, also in voller Kenntnis seiner Nichtschuld zahlt. *Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest; sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio. (L. 1 §. 1 D. h. t. 12. 6. Cf. L. 24. L. 26 §. 2. 3 D. eod. L. 25 pr. i. f. D. de prob. 22. 3. L. 9 pr. C. h. t. 4. 5.* Vgl. §. 1432 österr. B. G. B. §. 814 deutsches B. G. B.)

Die *condictio indebiti* ist somit im vorliegenden Falle ausgeschlossen: dagegen ist die Rückforderungsklage, welche hier Anwendung zu finden hat, die *condicto ob injustam causam.*

Man darf diese *condictio* nicht, wie es öfters geschieht[55]), auf die Fälle unredlichen Erwerbs oder durch ein Vergehen erlangten Vermögensvorteiles beschränken. Sie findet vielmehr in allen Fällen statt, in denen ein Erwerb auf einem Grunde

---

dürfte. Über das preuß. Recht vgl. Dernburg Lehrb. des preuß. Privatrechts Bd. 2 S. 897; über das österr. Recht Unger Syst. Bd. 2 §. 130 Anm. 47. Krainz Syst. Bd. 2 §. 413 a. E. Anm. 27. Stubenrauch Komment. (8. Aufl.) Bd. 2 S. 862. 863 (jedoch zum Teile mit der unrichtigen Motivierung, daß §. 1431 sich als eine Ausnahme des Satzes: *donatio non praesumitur* darstellt). Auch die meisten französischen Schriftsteller legen dem Kläger den Beweis des Irrtums auf. Zachariä Handb. des franz. Zivilrechts (7. Aufl. besorgt von Dreyer) Bd. 2 §. 442 S 733 Anm. 7. Demolombe *Cours de Cod. Napol. T. 31 p. 240 sq.* (a. A. jedoch Larombière *Théorie et Pratique des Obligations T. 7. 1885. p. 483 sq.*).

[54]) Z. B. der Erbe entrichtet ein im Testament ausgesetztes Vermächtnis und es stellt sich hinterher heraus, daß dasselbe nachträglich widerrufen worden ist. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 2 S. 383. Lehr. des preuß. Privatr. Bd. 2 S. 897. Zachariä a. a. O. Vgl. auch Pernice Labeo Bd. 3 S. 240 fg. — Die Vorschrift des deutschen B. G. B. (§§. 812. 814), wonach nicht der Kläger seinen Irrtum, sondern der Empfänger stets ohne weiters das Wissen des Leistenden um die Nichtexistenz der bezahlten Schuld zu beweisen hat, verschiebt in unnatürlicher Weise die Beweislast zu Ungunsten des Beklagten. Wenn der Kläger dargetan hat, daß er eine Nichtschuld bezahlt hat, so ist nichts natürlicher, als daß man die Frage an ihn richtet, warum er sie doch bezahlt und hiemit anerkannt hat? Diesen Einwand durch den Beweis seines Irrtums zu entkräften, seine implizierte

beruht, der von der Rechtsordnung mißbilligt wird, der dem Recht zuwiderläuft und mit demselben in Widerspruch ist: der objektiv rechtswidrige unrechtmäßige Vermögensgewinn begründet die *condictio ob injustam causam.*[56]) So findet diese *condictio* nicht nur statt, wenn wucherische Zinsen gezahlt wurden, sondern auch sonst, wenn ein Erwerb gemacht wird, der nicht auf einem rechtsbeständigen Grund *(non ex justa causa. L. 1 §. 3 D. de cond. s. c. 12. 7)*, sondern auf einem unrechtlichen Grund *(ex injusta causa)* beruht und somit ohne Grund *(sine causa)* gemacht wird.[57]) Diese Voraussetzungen treffen nun

---

Schuldanerkennung anzufechten, ist eben Sache des Klägers. Wenn Planck Komm. Bd. 2 S. 586 die Bestimmung des deutschen B. G. B. (§. 814) mit der Bemerkung zu motivieren versucht, daß „der Bereicherungsanspruch allerdings auf der Voraussetzung beruht, daß der Leistende sich in einem Irrtume befunden hat, ... daß es aber zur Begründung des Anspruchs genügt, daß der Kläger zum Zwecke der Erfüllung einer nicht bestehenden Schuld geleistet hat", so ist dies eine Begründung ohne Grund. Vgl. dagegen auch Bähr Gegenentw. §. 758 Anm. a. E.

[55]) So z. B. Dernburg preuß. Privatr. Bd. 2 §. 292. Pand. Bd. 2 § 140. Wendt Pand. §. 292.

[56]) So findet gegen den Ehegatten, der dem Verbot zuwider von dem andern Gatten eine Schenkung erhalten hat, die *cond. ob injustam causam* statt. *L. 6 D. de don. int. V. et U. (24. 1).* Vgl. auch *L. 21 §. 1 D. de don. (39. 5)*; ferner *L. 4 §. 1 D. de R. C. 12. 1 (fructus ex injusta causa percepti condicendi sunt,* wenn der Pächter über die abgelaufene Pachtzeit hinaus erntet). Vgl. insbesondere Keller Pand. §. 303. Brinz Pand. Bd. 2 §. 302. Arndts Pand. §. 344. Karlowa Röm. Rechtsgesch. Bd. 2 S. 773. Vgl. auch Czyhlarz Instit. (5. u. 6. Aufl.) S. 205. Sohm Instit. (5. Aufl.) S. 309.

[57]) Die neueren Gesetzbücher (mit Ausnahme des sächs. Gesetzb. §§. 1545. 1546) handeln nur von der *condictio ob turpem causam* (österr. Gesetzb. §. 1174, deutsches B. G. B. §. 817) und übergehen die *cond. ob injustam causam* mit Stillschweigen. Wenn Planck Komm. Bd. 2 S. 290 erklärt, daß „das Gesetz einen solchen Anspruch nicht kennt", so ist dies wörtlich genommen allerdings richtig. Dies darf aber weder die Theorie noch die Praxis hindern, diese durch das praktische Bedürfnis gebotene *condictio* anzunehmen, und dies um so weniger, als auch in diesen Fällen die allgemeine Begriffsbestimmung (die „Blankettnorm" [Jung in der Anm. 59 angef. Schrift S. 8. 26]) des §. 812 zur Anwendung kommt, wonach „wer durch die Leistung eines anderen . . . . . etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ihm zur Herausgabe verpflichtet ist" (*cond. sine causa generalis*). Auch hebt ja das deutsche B. G. B. nur einige Fälle der „ungerechtfertigten Bereicherung" besonders hervor (Planck S. 574. 575), ohne damit andere Fälle auszuschließen. Auch in Hinkunft wird inbesondere die Klage auf Rückerstattung wucherischer Zinsen die *cond. ob injustam causam* sein (vgl. Dernburg preuß. Privatr. Bd. 2 §. 292 S. 904).

in dem uns hier beschäftigenden Falle ein. Der Staat, der den Untertan nötigt, eine öffentliche Abgabe zu entrichten, die im Gesetze überhaupt nicht oder doch nicht in diesem Ausmaße[58]) begründet ist, hat das Gezahlte ohne gesetzlichen Grund, somit unrechtmäßig, widerrechtlich *(ex injusta causa)*, und es findet daher gegen ihn die Rückforderungsklage *ob injustam causam* statt.

Die Unterscheidung zwischen *condictio indebiti* und *condictio ob injustam causam* hat nicht bloß einen theoretischen Wert, sondern auch eine große praktische Bedeutung.

Es sind nämlich mit Rücksicht auf den Gegenstand und Umfang des Rückforderungsanspruches[59]) zwei Kategorien

---

[58]) Auf diesen Fall lassen sich die Worte von Celsus inbetreff einer *immodica donatio* anwenden: *in hoc, quod modum legis excedit, habeo contra te condictionem (sc. ex injusta causa). L. 21 § 1 i. f. D. de don. (39. 5).*

[59]) Was den Grund sämtlicher Kondiktionen anbetrifft, so ist man h. z. T. darüber einig, daß das Fundament dieser Ansprüche nicht, wie die älteren gemeinrechtlichen Juristen und das ältere Naturrecht unter mißverständlicher Berufung auf die bekannte *regula juris* der *L. 206 D. de R. J. 50. 17 (Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem,* vgl. dazu Dernburg Pand. Bd. 2 §. 138 Anm. 14. Brinz Pand. 2. Aufl. Bd. 2 S. 305 Anm. 11) annahmen, die Bereicherung, sondern das grundlose Haben. Dies gilt auch für das österr. Recht. §. 1431 verb. „wozu er gegen den Leistenden kein Recht hat"; §. 1435 verb. „wenn der rechtliche Grund, sie zu behalten aufgehört hat". (Pfaff in der österr. G. Z. 1868 S. 137.) So auch schon Horten's Entw. III 21 §. 3, während Martini's Entw. III 12 §. 19 und das westgal. Gesetzb. III §. 398, gleich dem *Cod. civ. art. 1371 1376 sq.* einen Quasikontrakt unterstellen. Doch meint noch Zeiller Komm. Bd. 4 S. 136, daß die *cond. indeb.* „weder in einer bloßen Billigkeit, noch in einem Quasikontrakte, sondern in der natürlichen, von dem positiven Gesetze ausgesprochenen Gerechtigkeit, mit fremdem Schaden sich nicht zu bereichern, gegründet ist" (vgl. S. 180). Die Unrichtigkeit dieser Ansicht ergibt sich daraus, daß in gar manchen Fällen eine Bereicherung auf fremde Kosten stattfindet, ohne daß das Recht dem Träger des Verlustes zuhilfe kommt, vielmehr selbst denselben ihm zufügt, wie bei Verjährung, Ersitzung, Präklusivfristen, Verbleiben der vor der Klagsbehändigung gezogenen Früchte bei dem redlichen Besitzer (§. 330 österr. Gesetzb.; vgl. §. 993 deutsches B. G. B.). „Jetzt wird es wohl von niemandem mehr verkannt, daß der Grundsatz in dieser Allgemeinheit unrichtig ist." Windscheid Pand. Bd. 2 §. 421 Anm. 1. Mayr Die *Condictio* S. 292 fg. Daraus ergibt sich aber auch, daß die allgemeine Überschrift: „ungerechtfertigte Bereicherung" (Ansprüche aus „ungerechtfertigter Bereicherung"), die sich schon im schweiz. Bundesges. über Obl. R. und nunmehr im deutschen B. G. B. (nach dem Vorgang in Windscheid's Pand. Bd. 2 §§. 421 fg.) und ebenso im Entw. eines ungar. a. b. G. B. findet, unrichtig ist. (Vgl. auch Endemann Lehrb. Bd. 1 §. 198 Anm. 5 a. E.

von Kondiktionen zu unterscheiden.[60]) Die eine Klasse von Kondiktionen, wozu insbesondere die *condictio indebiti* gehört, geht in der Regel nur auf die zur Zeit der Klagezustellung noch vorhandene Bereicherung des Empfängers *(in quantum locupletior factus est)*.[61]) Die andere Klasse dagegen geht, da es sich um Sühne für das begangene subjektive oder (nur) objektive Unrecht handelt, auf vollen Schadenersatz: dem Kläger muß alles vergütet werden, um was er durch den widerrechtlichen Vorgang gekommen ist *(in quantum pauperior factus est)*. Zu dieser Klasse gehört nebst der *condictio furtiva* und der *condictio ob turpem causam*[62]) die *condictio ob injustam causam*.

Mayr S. 296 fg.) Richtiger sollte diese Kategorie heißen: „grundloses Haben" oder „grundloser („ungerechtfertigter") Erwerb" („Gewinn"); so bei Arndts Pand. §§. 340 fg. Czyhlarz Instit. (5. u. 6. Aufl.) S. 205. Leonhard Instit. §. 140 a. E. — Auf die vielbesprochene Frage, worin der rechtspolitische Grund der rechtlichen Gewährung von Kondiktionen liege, näher einzugehen, ist hier nicht der Ort; vgl. darüber Windscheid Pand. Bd. 2 §. 423 Anm. 13. Wendt Pand. §. 288 und neuestens Dernburg Das bürg. Recht des Deutschen Reichs Bd. 2 Abt. 2 §. 374. Stammler Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung (Sep.-Abdr. aus der Festgabe für Fitting). Jung Die Bereicherungsansprüche 1902.

[60]) Vgl. insbes. Wendt Pand. §. 292.

[61]) Dies ist insbesondere auch der Fall, wenn eine Geldsumme *indebite* gezahlt wurde. Von einigen gemeinrechtlichen Schriftstellern wird bekanntlich behauptet, daß der Empfänger einer Nichtschuld in Geld dasselbe auf alle Fälle im vollen Betrage restituieren müsse, da es sich hiebei um eine Genusschuld handle *(tantundem ejus generis)*. Ein rationeller Grund, warum es gerade bei Geldschulden nicht auf das Vorhandensein und den Umfang der Bereicherung ankommen soll, während es doch bei allen anderen *indebite* gezahlten Schulden, insbesondere auch bei Getreideleistungen *(L. 65 §. 6 D. h. t. 12. 6)*, die doch gleichfalls Genusschulden sind, darauf ankommt, läßt sich nicht finden. Und wäre es nicht wirklich „hart" und unbillig, wenn der redliche Empfänger, der das Geld mittlerweile vertan oder verloren hat, dasselbe dennoch zurückerstatten müßte? Diese „Härte" sucht Brinz Pand. (2. Aufl.) Bd. 2 S. 519. 520 vergebens zu rechtfertigen und Dernburg in der 5. Aufl. seiner Pand. (Bd. 2 S. 382 Anm. 28) wenigstens abzuschwächen. Vgl. dagegen Vangerow Leitf. Bd. 3 §. 625 Anm. 3. Arndts Pand. §. 341 Anm. 9. Windscheid Pand. Bd. 2 §. 424 Anm. 3. Wendt Pand. §. 289. Stieve Der Gegenstand des Bereicherungsanspruchs (1899) S. 32 fg. Auch das österr. a. b. G. B. §. 1431 und das deutsche B. G. B. machen für Geldschulden keine Ausnahme. Vgl. Dernburg Das bürg. Recht des Deutschen Reichs Bd. 2 Abth. 2 §. 381 S. 605 Anm. 4.

[62]) Das deutsche B. G. B. §. 819 Satz 2 drückt dies in seiner beliebten Fingirungsmethode und Verweisungsmanier so aus, daß der Empfänger *ex turpi causa* „von dem Empfang der Leistung an" verpflichtet ist, „wie wenn der

er Staat, der eine ungebührliche Abgabe erhoben hat, muß as hiemit (wenngleich *optima fide*) begangene Unrecht in seinem anzen Umfange wieder gut machen und daher nicht nur die twa noch vorhandene Bereicherung, sondern die ganze empfangene eistung zurückerstatten und überdies allen dem zahlenden Unteran dadurch erwachsenen Nachteil vergüten. Diese wichtige praksche Verschiedenheit macht sich insbesondere in Ansehung er Zinsen von einer *indebite* oder *ex injusta causa* empfangenen reldsumme geltend.

Nach gemeinem Recht[63]) und ebenso nach östereichischem[64]) und nunmehr auch nach reichsdeutschem

nspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre". Hieraus ber ergibt sich im Zusammenhang mit §. 818, S. 4, daß die Kategorie „ungerechtertigte Bereicherung", auch wenn man darunter den Anspruch auf den Gegenstand desselben (Anspruch auf die Bereicherung) versteht, unrichtig ist, weil n Fall der *cond. ob turpem causam* (§. 817) der Anspruch eben nicht auf die ereicherung beschränkt ist, sondern einerseits viel weiter geht, andererseits selbst ann stattfindet, wenn die Bereicherung wieder verloren gegangen sein sollte. Vgl. ayr S. 360 fg., 373 fg. Es ist daher eine Selbsttäuschung, wenn die Verfasser des eutschen Gesetzbuchs geglaubt haben, daß es ihnen gelungen sei, den „Beeicherungsanspruch als einen einheitlichen" zu gestalten und daß die „verschiedenen rten von Bereicherungsansprüchen nicht selbständig nebeneinander stehen" Planck Komm. Bd. 2 S. 574. 575). — Die Auffassung und Bezeichnung ämtlicher Kondiktionen als Bereicherungsklagen rührt bekanntlich von Savigny System Bd. 5 S. 503 fg.) her. Nun kann sich natürlich auch Savigny nicht er Erkenntnis verschließen, daß manche Kondiktionen, und zwar insbesondere ie *condictio furtiva*, weit über die bloße Bereicherung hinausgehen. Er sucht un die „Abweichung insbesondere der *condictio furtiva* von der regelmäßigen Natur der Kondiktionen" (S. 551) daraus zu erklären (S. 552. 561), daß „selbst venn der Dieb die (gestohlene) Sache wieder verliert, er zwar ohne Bereicherung dennoch verpflichtet ist", daß „dies aber nur eine Folge der den Diebstahl stets begleitenden Mora ist" *(fur semper moram videtur facere L. 20 L. 17. L. 8 pr. D. h. t. 13. 1)*. In der Tat aber verhält es sich doch wohl umgekehrt: weil der Dieb nicht bloß auf die Bereicherung, sondern auf vollen Schadenersatz haftet, konnten die römischen Juristen dies durch die in Fiktionsgewand gekleidete Rechtsparömie ausdrücken: *fur semper moram videtur facere*. Vgl. auch *L. 7 i. f. C. de cond. ob turp. caus. (4. 7)*. Vgl. auch Mayr S. 399. 400.

[63]) Diese Frage war schon unter den älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern streitig. Vgl. Höpfner Komment. §. 956 Anm 1. Glück Erläut. Bd. 13 S. 27 fg. 155 fg. — Für die Bejahung Stieve a. a. O. S. 76. 84 und jetzt auch Dernburg Pand. (5. Aufl.) Bd. 2 §. 141 Anm. 30. Dagegen Windscheid Pand. Bd. 2 S. 424 Anm. 2.

[64]) Wie die ältere gemeinrechtliche Doktrin (Glück Komment. Bd. 13 S. 75) vergleicht das preuß. Landr. (I 16 §. 190) und ihm folgend das

Recht[65]) ist es bei der *condictio indebiti* streitig, ob der Empfäng der nichtgeschuldeten Geldsumme Zinsen zurückzuerstatten ha Nimmt man nun auch der richtigen Ansicht[66]) zufolge an, daß di der Fall sei, so sind jedenfalls nur solche Zinsen zu restituiere

---

österr. a. b. G. B. §§. 1437. 1447 (und so sogar noch das sächs. Geset §. 1527 Satz 2; vgl. §. 308) den redlichen Empfänger einer Nichtschuld ein redlichen Besitzer. Nun besteht allerdings ein gewisser Parallelismus zwisch dinglichen und persönlichen Ansprüchen, zwischen dinglicher und persönlic Rückforderungsklage. Die Frage ist nun aber, wie weit diese Analogie g wie weit diese Vergleichung reicht. Wollte man, da der redliche Sachbesit die bis zur Klagsbehändigung gezogenen Früchte behalten kann (§. 330), a dem redlichen Empfänger einer Nichtschuld die bis zu jenem Zeitpunkt zogenen Früchte und Zinsen belassen, so würde er in Widerspruch mit d leitenden Grundgedanken und mit der Vorschrift des §. 1447 a. E. sich Kosten des zur Rückforderung berechtigten vermeinten Schuldners bereich §. 1437 muß daher restringierend ausgelegt und auf die §§. 329. 331 beschrä werden. Übrigens trifft §. 1437 unmittelbar gar nicht den Hauptfall des *condi indebiti*, nämlich die Leistung einer Nichtschuld in Geld: der redli Empfänger desselben ist nicht „Besitzer" der empfangenen Geldsumme, und diese, nicht die *indebite* hingegebenen Geldstücke *(ipsa nummorum corpo* kondiziert der Kläger *(L. 1. 3 C. de cond. ind. 4. 5.* Vgl. Brinz Pand. Bd S. 516 Anm. 46). — Für die im Text vertretene Ansicht Zeiller Komme Bd. 4 S. 164. 165 („der Empfänger haftet nicht für die aufgezehrten Früch somit also für *fructus extantes*). Unger System Bd. 1 S. 88 Anm. Pfaff in der österr. G. Z. 1868 Nr. 130—135 insbes. S. 141. Pavli Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung (1878) S. 83 fg. S. 97. Pfers Bereicherungsklagen S. 207 Anm. 3. Schey Die Obligationsverh. Bd. 1 He (1890) S. 42 Anm. 32. Dagegen wollen dem Beklagten Früchte und Zin belassen: Winiwarter Bd. 5 S. 103. Nippel Bd. 8 Abth. 2 S. 196 fg. Stub rauch (8. Aufl.) Bd. 2 S. 574. Kirchstetter Komment. ad §. 1437. Kra System (3. Aufl.) Bd. 2 S. 355.

[65]) §. 818 Abs. 2 spricht nämlich nur von „Nutzungen", worunter a nach §. 100 Zinsen nicht zu verstehen sind (vgl. auch §. 379. §. 820 Abs Nun sind aber Zinsen doch auch Nutzungen (des Kapitals): *fructus ci* Für die Verpflichtung zur Restitution bezogener Zinsen Oertmann Sch verhältnisse S. 8. 574. Enneccerus-Lehmann Das bürg. Recht Bd. 1 S. Crome Syst. des deutschen bürg. Rechts Bd. 2 S. 1008. Dagegen: Cos Lehrb. des deutschen bürgerl. Rechts Bd. 1 (2. Aufl.) S. 811. Dernburg bürg. Recht Bd. 2 Abt. 2 S. 605. Endemann Lehrb. des bürg. Rechts (8. A Bd. 1 S. 1247 Anm. 56. Anger im sächs. Arch. für bürg. Recht Bd. 7 S. Planck Komment. Bd. 2 S. 591 spricht nur von den Zinsen einer *indebit* langten verzinslichen Forderung.

[66]) Für Zinsen muß nämlich dasselbe gelten, was für Früchte es ist kein Grund vorhanden, sie verschieden zu behandeln. *L. 34 D. de (22. 1).* Vgl. Petrazycki Lehre vom Einkommen Bd. 2 S. 256.

ie der Belangte wirklich bezogen hat[67]), und auch diese nur nsofern und insoweit, als er durch dieselben zur Zeit der Klage noch bereichert ist (Bereicherungszinsen). Ganz nders verhält es sich wie bei der *condictio furtiva* so auch ei der *condictio ob injustam causam.*[68]) Da der Empfänger das on ihm wenngleich vielleicht *bona fide* begangene Unrecht volltändig wieder gutmachen muß, so hat er die Zinsen für die ganze Zwischenzeit vom Empfang der nichtgeschuldeten Zahlung n zu vergüten (Vergütungszinsen[69]), ohne Rücksicht darauf, b er selbst in dieser Zeit Zinsen bezogen hat und durch dieelben zur Zeit der Klagebehändigung noch bereichert ist oder nicht.

---

[67]) Der mit der *cond. indebiti* Rückfordernde, der die Restituierung von Nutzungen fordert, hat in der Regel zu beweisen, daß und in welchem Umfange Nutzungen von dem Empfänger der Nichtschuld bezogen worden seien (vgl. Planck Komment. Bd. 2 S. 592. Stieve a. a. O. S. 101. Oertmann Schuldverh. S. 549). Eine Ausnahme findet jedoch statt, wenn Geld *indebite* hingegeben wurde. Es ist nämlich eine Gepflogenheit des wirtschaftlichen Lebens, daß man Geld nicht müßig liegen läßt, sondern dasselbe auf Zinsen austut: darauf beruht ja auch die durchgreifende unbedingte Verpflichtung zur Entrichtung von Verzugszinsen. Derjenige nun, der sich auf den normalen Verlauf der Dinge beruft, hat nicht darzutun, daß der tatsächliche Vorgang in einem konkreten Falle demselben entsprochen habe: es ist vielmehr Sache seines Gegners, darzutun, daß und inwieweit eine Abweichung vom regelmäßigen Zustande stattgefunden habe (vgl. Fitting Grundlagen der Beweislast 1888 S. 47 fg. Regelsberger Pand. Bd. 1 S. 696). Wer Geld *indebite* hingegeben hat, kann daher ohne weiters die Rückgabe des Geldes „samt Zinsen" fordern: Sache des Empfängers der Nichtschuld ist es darzutun, daß er das *indebite* empfangene Geld nicht oder doch zu geringeren Zinsen angelegt, sondern anderweitig verwendet habe (vgl. jedoch dagegen die Entsch. des deutschen Reichsgerichts in Seufferts Arch. Bd. 47 Nr. 111), resp. daß er um die in der Tat bezogenen Zinsen zur Zeit nicht mehr bereichert sei.

[68]) Daß nach *L. 4 C. de cond. ob turp. caus. (4. 7)* Zinsen nicht gefordert werden konnten, war, wie heute allgemein anerkannt wird, lediglich Folge der strengen Natur der *condictio (actio stricti juris).* Vgl. Dernburg Pand. Bd. 2 §. 141 Anm. 8.

[69]) Allerdings sind auch Verzugszinsen Vergütungszinsen, da sie eben dazu dienen, den dem Gläubiger durch die Verzögerung der Leistung erwachsenen Nachteil gutzumachen. Es dürfte sich aber doch wohl empfehlen, den Ausdruck „Vergütungszinsen" im technischen Sinne auf die im Text erwähnten Fälle zu beschränken, um diese Kategorie von Zinsen auch schon nominell von den Verzugszinsen zu unterscheiden.

Es hat somit auch der Staat, der eine nicht oder doch nicht in solcher Höhe geschuldete öffentliche Abgabe widerrechtlich erhoben hat, fünfprozentige (Anm. 34) Zinsen nicht erst vom Klagstage an, sondern für die ganze Zeit von der Einzahlung an dem Kläger zu vergüten.

In voller Übereinstimmung hiemit steht das Gesetz vom 8. März 1876 (R. G. Bl. Nr. 26), indem es in §. 28 vorschreibt, daß „im Falle der Restituierung von eingehobenen, aber infolge von Rekursen wieder zurückgestellten Gebührenbeträgen an die Parteien eine sechsprozentige[70]) Verzinsung des restituierten Betrages vom Einzahlungstage an zu vergüten ist".

Dieses Gesetz spricht nur von der „Einzahlung" einer nicht geschuldeten unmittelbaren Gebühr. Nun sind Fälle vorgekommen, daß eine direkte Steuer zur Ungebühr entrichtet wurde. Der Anspruch des Klägers auf „Vergütung" der Zinsen der Zwischenzeit wurde sowohl vom Reichsgericht[71]) als vom Verwaltungsgerichtshof[72]) mit folgender gleichlautender Motivierung abgewiesen: „Auf die Bestimmung des a. b. G. B. kann sich der Kläger mit Grund nicht berufen, weil es sich nicht um einen privatrechtlichen Anspruch, sondern um einen solchen öffentlich-rechtlicher Natur handelt, und weil eine gesetzliche Bestimmung über die Vergütung von Zinsen — wie sie in den Gesetzen vom 8. März 1876 (§. 28) und vom 23. Jänner 1892 bezüglich der unmittelbaren Gebühren vorkommt — für direkte Steuern nicht besteht."

---

[70]) Durch das Gesetz vom 23. Jänner 1892 (R. G. Bl. Nr. 26) Art. III ist das Maß der zu vergütenden Zinsen mit Recht auf 5 Prozent herabgesetzt worden.

[71]) Hye-Hugelmann Samml. X Nr. 806. 841. Dagegen hat das Reichsgericht in neuester Zeit in einem bisher noch nicht publizierten Erkenntnis vom 20. April 1903 zu Recht erkannt, daß demjenigen, der einen Schulbeitrag *indebite* entrichtet hatte, nebst der Rückerstattung des eingezahlten Betrages fünfprozentige Zinsen vom Tage der Einzahlung zu vergüten sind. In gleicher Weise hat das deutsche Reichsgericht wiederholt anerkannt, daß, wenn der Staat oder eine Gemeinde Steuern zu Unrecht eintreibt, auch Zinsen vom Tage der Eintreibung an zu entrichten sind. Entsch. v. 27. Okt. 1892 in Seufferts Arch. Bd. 48 Nr. 249 S. 396. 397. (In den Entscheidungsgründen werden jedoch diese Zinsen irrigerweise als Verzugszinsen bezeichnet; vortrefflich ist die Motivirung des Urteils der zweiten Instanz, des O. L. G. Hamburg.) Vgl. auch Oertmann Schuldverh. S. 550.

[72]) Budwinski Samml. VI Nr. 1450. XIX Nr. 8347. XXIII Nr. 13.028. 13.352. XXIV Nr. 14.991.

Soweit diese Motivierung sich auf den Mangel einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung und auf die Unzulässigkeit der analogen Anwendung von privatrechtlichen Vorschriften stützt, ist dieselbe bereits in Nr. I gewürdigt worden. Es bleibt somit nur noch die Prüfung des *argumentum a contrario* über.

Es ist nun allgemein anerkannt, daß diese Art der Argumentation sehr bedenklicher und höchst problematischer Natur ist. Daraus allein, daß ein Gesetz nur einen bestimmten Fall normiert, kann man nicht immer mit Sicherheit schließen, daß es hiemit alle anderen gleichartigen Fälle ausschließen und für dieselben das Gegenteil stillschweigend festsetzen wollte. Statt des *argumentum ex silentio* ist im vorliegenden Falle vielmehr der Satz zur Anwendung zu bringen: *Unius positio non est exclusio alterius.* Es hat somit Gesetzesanalogie stattzufinden. Hiebei kommt es bekanntlich darauf an, daß die wesentlichen Merkmale des Tatbestandes, an welche die gesetzliche Bestimmung geknüpft ist, sich auch in einem anderen, gesetzlich nicht geregelten Falle wiederfinden. Nun ist in dem vorliegenden Falle das wesentliche Merkmal die Zahlung einer nicht geschuldeten öffentlichen Abgabe: es ist ganz irrelevant, ob diese Abgabe in einer unmittelbaren Gebühr oder in einer direkten Steuer besteht: in beiden Fällen ist die Abgabe zu Unrecht gefordert worden und sind daher dem *indebite* Leistenden nebst der Restituierung des eingezahlten Geldes Zinsen vom Empfangstage der Zahlung (vom „Einzahlungstage“) an zu vergüten.[73])

---

[73]) Das umfangreiche Werk von Rob. v. Mayr Die Bereicherungsansprüche des deutschen bürgerl. Rechts 1903 (707 SS.) ist mir erst während der Drucklegung dieser Abhandlung zugekommen: ich habe es daher zu meinem Bedauern nicht mehr benützen können.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie. in Wien.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie., Wien, III., Münzgasse 6.